

УДК: 346.546 ; 339.137.025 ; 334.75

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22203A

др **Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ**^{*}
редовни професор Универзитета у Београду – Факултета политичких наука, Србија

ВЕРТИКАЛНИ (РЕСТРИКТИВНИ) СПОРАЗУМИ: ЕФЕКТИВНОСТ УПРКОС РИЗИКУ ОД НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ^{**}

Сажетак

Рад има за циљ сагледавање различитих нивоа ризика од нарушавања конкуренције код вертикалног споразумевања и резултантне одлуке о правој последици, у распону од per se забране до квалификовања посла као рестриктивне, уз акцендовање значаја примене de minimis правила. Представљен је теоријски модел који, на основу квантитативно-квалитативних критеријума, препознаје различите основе за остваривање ефективности вертикалних договора, упркос ризику.

Закључује се да је ризик од нарушавања конкуренције који вертикални споразуми носе у случају неопстојања доминантног положаја тржишног учесника представљено низак, чему би било ујужито даље угодобити решења о заштити конкуренције у домаћем праву. Први

* Електронска адреса аутора: sanja.dankovic@fpn.bg.ac.rs.

** Рад је подржан средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на основу Уговора о реализацији и финансирању научно-истраживачког рада НИО у 2022. години, број: 451-03-68/2022-14.

корак у том правцу би могао да буде проширење поља вертикалног споразумевања мањеј значаја, подизањем висине појединачних удела учесника на релевантним тржиштима.

Кључне речи: Вертикални споразум. – Ризик од нарушавања конкуренције. – Правило *de minimis*. – Изузимање од забране. – Нарушавање услова конкуренције.

I Правна природа

Рестриктивни споразум представља сагласну изјаву воља тржишних субјеката која за циљ или последицу има повреду конкуренције. Сложеност њихове правне природе проистиче из облигационо-правног полазишта и концепта аутономије воље и исходишта који претпоставља ризик од нарушавања конкуренције за трећа лица. У правном смислу, акценат је на договору о заједничком наступању, односно сарадњи, на који се надовезује економски *ratio* посла у домену искоришћавања предности економије обима и снижења трошкова. Оваква легитимна пословна концепција, међутим, у контексту тржишног амбијента за циљ или последицу може имати повреду интереса других субјеката и нарушавање услова конкуренције, сходно чему се квалификује као недозвољен.

Naturalia negotii рестриктивног споразумевања су: постојање договора у било којој форми, па и усаглашеног понашања између субјеката; циљ или последица се односе на ограничавање, нарушавање или спречавање слободног надметања на одређеном, релевантном тржишту; наметање сопствених услова пословања, по основу повлашћеног положаја; остваривање ванредне материјалне користи, посредне или у виду екстрапрофита; нарушавање интереса конкурената, потрошача и друштва у целини.¹

За квалификацију једног споразума као рестриктивног најважнији тест представља анализа критеријума циљног или последичног спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције.² Циљна ограничења се утврђују испитивањем субјективне воље, односно намера и мотива који су претходили одређеној радњи учесника споразума.³

1 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2012, 155.

2 Закон о заштити конкуренције – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 10 ст. 1. Претходно важећи Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, чл. 7 ст. 1 је противправност рестриктивног споразумевања рефлектовао шире, тако да су забрањени акти који имају, али и могу имати за циљ или последицу повреду конкуренције.

3 Ни намера без дела, нити дело без намере.

Теорија последице предвиђа постојање узрочног односа између вертикалног споразумевања и повреде конкуренције.⁴

Полазећи од биполарног модела класификације, који узима у обзир субјективни критеријум (не)конкурентског односа учесника посла или функционални критеријум нивоа производње, односно промета, рестриктивни споразуми се јављају као хоризонтални и вертикални. У случају договора конкурената, као тржишних учесника на истом нивоу ланца производње и промета, реч је о хоризонталном споразуму, док се вертикални правни посао закључује између субјеката који послују на различитим нивоима производње, односно промета роба или услуга, и стога му је иманентна позитивна претпоставка нижег степена рестриктивности. Мешовити су споразуми који садрже елементе обе категорије.

Учесници вертикалног споразума се не налазе у конкурентском односу, послују на различитим тржиштима и једна уговорна страна се јавља у својству продавца, а друга купца производа, односно услуга. Предмет уговора, односно договорне праксе је размена и уговарају се услови под којима стране могу куповати, продавати или препродавати робу или услуге. Економски мотив вертикалног споразумевања је везан за специјализацију засновану на подели рада, и резултантно снижење трошкова пословања, повећање пословне ефикасности и профита, освајање нових тржишта и ширење круга корисника производа или услуга.⁵

Правни формати који прате овај договор о подели рада и профилисању међусобних права и обавеза два правно самостална, али тржишно функционално повезана субјеката могу бити различити, а као најзначајнији у пословној пракси се јавља уговор о дистрибуцији, којим произвођач даје овлашћење дистрибутеру, као самосталном тржишном учеснику, да у своје име и за свој рачун даље пласира производ на одређеном географском простору.⁶ Иманентан му је принцип искључивости,⁷ и то како у домену слободе уговарања на облигацио-

4 Стеван Шогоров, „Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније“, *Правни и економски оквири укључивања јурословенских иривредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније* (ур. Радован Д. Вукадиновић), Крагујевац, 1994, 57.

5 Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, 312.

6 Душан Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2012, 210.

7 Квантитативна ограничења се исказују кроз селекцију дистрибутера, путем прописивања најмањег броја јединица производа које дистрибутер мора да купи да би правни посао био закључен, чиме се ризик пословања продавца значајно смањује, или прописивањем највећег броја јединица које дистрибутер може да купи, чиме се подстиче диверсификација дистрибутивне мреже.

но-правном терену, тако и права функционалне конкуренције, а рестриктивност клаузула се јавља у погледу ограничавања, па и укидања права дистрибутера да набавља робу од других лица,⁸ могућности дистрибуције друге робе која би била конкурентна, затим ограничења које се намеће снабдевачу да робу испоручује другим дистрибутерима, као и да је на односном тржишту дистрибуира самостално.⁹ Уважава се право произвођача као првог и најснажнијег у пословном ланцу да даљи промет, у смислу услова продаје робе спрам потрошача, буде организован на начин који сматра целисходним.¹⁰ Однос произвођача и продавца у одређеном сегменту може се квалификовати као агенцијски проблем који подразумева њихову различиту позицију спрам циљева и информација.¹¹ Уговори о дистрибуцији, превасходно због позитивних ефеката у домену унапређења организације пословања, подобни су да буду изузети од општег режима забране рестриктивних споразума.¹²

Рестриктивни вертикални споразуми се сходно супстанцијалном критеријуму могу јавити у три категорије, полазећи од природе ограничења која им је иманентна и односи се на ценовна, квантитативна или ограничења ексклузивности.¹³

Рад има троструки циљ. Указује се најпре на амбивалентност правне природе вертикалних споразума у погледу потенцијалног нарушавања конкуренције, а затим анализирају основаност и домен оборивости претпоставке да конкуренција вертикалним договором није значајно нарушена. Испитивањем оправданости примене *de minimis* и правила разума долази се до тростепеног модела ефективности вертикалних споразума, градацијски спрам претпостављеног ризика од нарушавања конкуренције. Најзад, предлаже се измена критеријума висине тржишног удела учесника споразума на тржиштима, узводном и низводном, на којима он производи дејство.

8 Christopher Stothers, *Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Portland, 2007, 210.

9 Миодраг Мићовић, „Јавно-правни и материјално-правни аспекти уговора о дистрибуцији“, *Правни живоић*, бр. 11/2013, 291.

10 Произвођач има разумљив интерес да задржи пословну везу са дистрибутером превасходно ради остваривања надзорне функције у циљу максимизације профита, како би што већи број јединица производа био продаг по највишој цени која је купцима прихватљива. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, Душан В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019, 69.

11 *Ibid.*, 70; Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005, 973.

12 Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране – Уредба, *Службени гласник РС*, бр. 11/2010, чл. 3 ст. 1 тач. 1–3.

13 Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 71.

II Правни режим

Полазна је правна претпоставка да се вертикални споразум који за циљ или резултат има повреду конкуренције сматра забрањеним и да за правну последицу има ништавост.¹⁴ Овакав правни посао омогућава повлашћени положај у односу на остале тржишне учеснике и наноси штету интересима крајњих потрошача и целокупног економског јавног поретка, следствено чему је основ недопуштености не само емпиријски (јер се један сегмент тржишта затвара), већ и етички, с обзиром на то да се њиме штета наноси не само конкурентима, већ и потрошачима и широј заједници.¹⁵

Забрана је ограничена на два начина: један се односи на знатност повреде, а други на могућност изузимања од забране. Примена квантитативног критеријума подразумева опортуни приступ у виду позитивне претпоставке да незнатност радње не резултира ефективном последицом, што отвара врата за присуство начела „*De minimis non curat lex*“¹⁶ у сфери рестриктивних споразума. Дакле, иако повреда постоји, споразум уз присуство свих других елементата неће бити квалификован као рестриктиван уколико она није знатна, и то у квантитативном смислу који се везује за висину тржишног удела. Са друге стране, применом квалитативног критеријума оставља се могућност изузетака, посебних и појединачних случајева, у односу на опште правило забране рестриктивног споразумевања – за договоре који неспорно јесу рестриктивни и то ограничење јесте значајно.

Вертикални споразуми, иако се закључују између пословних субјеката који се не налазе у односу међусобне конкуренције, носе потенцијални ризик рестриктивности, и то првенствено у домену нарушавања конкуренције између продаваца.¹⁷ Реч је о негативном ефекту који се претпоставља, и то аналогно правном режиму хоризонталних споразума. У другом кораку, међутим, обухват изузимања од режима забране биће у случају вертикалног споразумевања шири, првенствено због нижег степена штетних последица који му је као договору неконкурентата предиктивно иманентан. Коначан став о допуштености

14 Ништавост одредбе не повлачи нужно и ништавост уговора. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 105 у вези са чл. 14.

15 Александар Голдштајн, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/1961, 16.

16 Ситнице не штете праву.

17 Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 74.

вертикалног споразума претпоставља вишестепено преиспитивање полазне претпоставке о недопуштености, које се одвија у три фазе.

Најпре, споразум неће бити квалификован као рестриктиван и тиме забрањен уколико је могуће применити *de minimis* правило, у смислу испуњености два услова: реч је о висини која је мања од 15% удела за сваку од страна на односном (њеном) релевантном тржишту и није реч о споразуму о ценама или подели тржишта.¹⁸ Уколико се ради о рестриктивном вертикалном споразуму, који за циљ или последицу има значајно нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције, следећи битан елемент анализе се тиче поседовања доминантног положаја учесника споразума.¹⁹ У случају постојања вертикалних ограничења и непостојања доминантног положаја, закључак иде у правцу непостојања опасности по нарушавање услова конкуренције.²⁰

Следећи ниво оцене подразумева примену правила разума и свеобухватно сагледавање позитивних и негативних ефеката вертикалног споразума. Премда иницијално неспорно оцењен као рестриктиван, споразум се услед значаја позитивних ефеката може изузети из режима забране по два сценарија: посебног, када је реч о групном, односно категоријалном изузећу или у случају појединачног изузимања, када је заправо реч о ороченом ослобађању од забране као исхода поступка који, по захтеву учесника споразума, води надлежни орган.²¹

У трећој фази процене ризика од нарушавања конкуренције вертикалног споразума тежиште анализе се помера са објективне равни, која се односи на могућност примене *de minimis* и правила разума, на субјективни аспект, са активном улогом учесника споразума. Модел нагодбе подразумева да иако је утврђена основаност претпоставке о постојању повреде конкуренције и резултантно покренут поступак, могуће је да он на предлог странке буде прекинут, уколико се на основу договорених мера и обавеза предупреди претпостављена опасност или евентуална будућа повреда конкуренције.

Са друге стране, постоји могућност изузимања од санкција учесника споразума, чија се противправност, а тиме и неоснованост његове ефективности не доводи у питање применом института *leniency*, односно ослобађања или умањења обима новчане казне по основу мере заштите конкуренције. Отпочињање поступка или његово ефикасније окончање

18 Закон, чл. 14.

19 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, 486.

20 Ово су случајеви противуречног конкурентског ефекта, с обзиром на то да је његов ниво између продаваца снижен, док је на страни произвођача повећан. Вид. Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 76.

21 У домаћем праву – Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије.

остварује се у овом случају на основу достављања информација учесника о договору, за изузимање од санкција заузврат.

III Претпоставка ниског нивоа ризика

Квалификација рестриктивности споразума као битан елемент препознаје знатност повреде конкуренције. *De minimis* правило подразумева да ће споразум, иако ограничавајући по конкуренцију, бити допуштен уколико је реч о повреди која није значајна. Хоризонтални, вертикални и мешовити договори неће се сматрати у формално-правном смислу рестриктивним споразумом уколико у значајној мери не ограничавају тржишно такмичење,²² односно у ситуацији када је њихов стварни утицај на конкурентски амбијент од минорног значаја.

Процена основаности примене *de minimis* правила је двостепена. У првом, који је позитивно профилисан и квантитативне природе, примењују се показатељи о висини тржишног удела. Други степен анализе је негативно постављен и подразумева квалитативне показатеље у циљу провере да ли се ради о договору који је, директно или индиректно, циљно усмерен на *per se* неприхватљиво и штетно тржишно понашање.²³

Вертикалним споразумима имантентан је претпостављени нижи степен ризика од нарушавања конкуренције и стога је могућност примене правила шире профилисана у односу на хоризонталне уговоре. Процена конкурентско-правне допуштености испитује се у сваком појединачном случају, а ограничавање конкуренције ће пре бити последица, него циљ споразума.²⁴

У том смислу је значај примене *de minimis* правила велики и подразумева толеранцију према екстензивном кругу вертикалних споразума тржишних учесника којима се врши повреда принципа неометане конкуренције, услед околности да је последично нарушавање конкуренције мало до занемарљиво. Примена начела незнатног ограничења конкуренције посебан значај има у сфери кооперативних споразума између микро, малих и средњих привредних субјеката, који се

22 Обавештење о споразумима мале вредности који знатно не ограничавају тржишно надметање на основу чл. 101 ст. 1 Уговора о функционисању Европске уније (*Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [De Minimis Notice]*, OJ L C 291/1, 30. 8. 2014; даље у фуснотама: Обавештење *de minimis*), тач. 2.

23 R. Whish, D. Bailey, 140.

24 Посебну категорију у том смислу чине вертикални споразуми који су за последицу, у корелацији са другим околностима, каткад и противно очекивањима, имали нарушавање конкуренције, која је и за учеснике била неочекивана, дакле и нежељена, а на коју се примењује теорија објективне повреде.

управо подстичу минимизирањем потенцијалне опасности од изрицања санкција услед квалификације таквог договора као рестриктивног. Као забрањени се перципирају само они правни послови који имају битан ефекат на тржишне услове и који у значајној мери врше утицај на тржишне односе.

Вертикални споразуми малог значаја са аспекта поседовања ограничавајућег потенцијала по нарушавање услова конкуренције у домаћем праву се квалификују након спроведене провере основаности примене двостепеног *de minimis* правила. Општи услов квантитативне природе подразумева договор тржишних учесника чији укупни удео на релевантном тржишту производа или услуга на територији Републике Србије није већи од 15%. У случају мешовитог споразума, као и ситуацији када је идентитет споразума тешко одредити, примењује се праг од 10% тржишног удела с обзиром на комбиновано присуство елемената вертикалног и хоризонталног договарања, који је предвиђен и за хоризонталне послове са вишим претпостављеним степеном ризика од нарушавања конкуренције.²⁵ Споразум који испуни наведени критеријум и не пређе праг тржишног удела, подвргава се квалитативној процени у погледу каузе. Неподобан да се на њега примени *de minimis* правило, односно рестриктиван јер носи значајну опасност по ограничавање конкуренције, јесте сваки вертикални споразум који, директно или индиректно, за циљ има регулацију ценовне политике или поделу тржишта. Смештен у шири облигационоправни контекст, споразум се посматра не само са аспекта на шта се страна обавезује, него и *cur debetur* – зашто, односно разлога конституисања уговорне обавезе. Сходно општем правилу о ништавости уговора чија је кауза недопуштена, као и у случају да правни основ не постоји, овакав посао не може бити квалификован као онај малог значаја.²⁶ Са друге стране, уколико су ова два ограничења последично, а не циљно утемељена, остаје могућност, *argumentum a contrario*, да споразум буде перципиран као дозвољен.²⁷

Двостепени тест примене *de minimis* правила предвиђа и право Европске уније, с тим да је за вертикалне споразуме у погледу квалитативног критеријума правило раније било уже и двоструко профилисано, у погледу права купца да слободно одређује продајну цену и подручја на ком купац може продавати робу, односно услуге, као и домен продаје одређеној групацији купца.²⁸ Постојеће решење простор

25 Закон, чл. 14 ст. 1 тач. 2 и 3.

26 Као недопуштен основ уговорне обавезе јавља се онај противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Вид. ЗОО, чл. 51 ст. 2, чл. 52.

27 Закон, чл. 14 ст. 2.

28 Обавештење о споразумима мале вредности који значајно не ограничавају тржишно надметање сходно члану 81 став 1 Уговора о оснивању Европске заједнице (*Com-*

„сигурне луке“ искључује за широк круг договора за које Комисија оцени да представљају циљно ограничење конкуренције.²⁹ Са друге стране, негативно стипулисан квантитативни критеријум не подразумева *per se* потврду знатности ограничавања конкуренције самим преласком прописаног прага тржишног удела учесника вертикалног споразума, који упркос томе може имати занемарљив резултантни утицај на тржишно надметање и неће имати за правну последицу забрану сходно чл. 101 ст. 1 Уговора о функционисању Европске уније.³⁰

Примена *de minimis* правила као првог од три нивоа оцене допуштености споразума који носи ризик од нарушавања конкуренције има значајно поље материјалноправног преклапања са следећим, који се односи на категоријално изузимање од забране. У унитарном праву, *de minimis* правило се не примењује на вертикалне споразуме са инкорпорираним ограничењем које као апсолутно забрањено препознаје постојећи или будући пропис о групном изузимању од забране, и за које Комисија процени да представљају циљно ограничење конкуренције.³¹

IV Позитивни ефекти и контролисани ризик

Уколико један правни посао не испуни критеријуме за квалификацију споразума мањег значаја, који као такав нема атрибут рестриктивног, у другој фази се његов неспорно значајан ризик од нарушавања конкуренције сагледава у ширем контексту свих других карактеристика и ефеката.

Полазна је претпоставка да је вертикални рестриктивни споразум неприхватљив и забрањен, с тим да се у сваком појединачном случају може доказивати супротно. Применом правила разума, договор може бити изузет из општег режима забране, употребом два правна модела.

Категоријално изузимање се односи на ситуацију када вертикални споразум због позитивних ефеката које има у погледу подстицања техничког или економског напретка, односно унапређења тржишних односа у домену производње и промета, са једне стране, и неекстремне, прихватљиве природе ризика од нарушавања конкуренције, са друге стране, бива унапред и по основу околности припадања одређеној

mission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community [de minimis], ОЈ С 368, 22. 12. 2001), тач. 11(2).

29 Обавештење *de minimis*, тач. 2.

30 Обавештење *de minimis*, тач. 2 и 3.

31 Обавештење *de minimis*, тач. 13.

групацији (и из тога изведених одлика које се односе на садржину и дужину трајања договора) – издвојен као допуштен.³²

Други сукцесивни модел, односно степеник у правцу остваривања ефективности вертикалног рестриктивног споразума претпоставља вођење посебног поступка на захтев учесника као заинтересоване стране зарад добијања појединачног изузећа од забране. Позитивни ефекти споразума нису очигледни као у случају подвођења под одређену категорију и не постоји претпоставка њиховог постојања, већ је потребно поступање надлежног органа за заштиту конкуренције, како би се оценила њихова заступљеност и значај, као и испуњеност других елемената, односно непостојање сметњи да би се донела одлука о основаности захтева да се један рестриктивни посао ослободи од забране.

Примена правила разума у домену изузимања вертикалних рестриктивних договора од забране, категоријалног или појединачног, подразумева у домаћем праву испуњење четири услова,³³ од којих су два позитивно и два негативно формулисана као нужна, али не и довољна да би споразум био третиран као допуштен, а којима се захтева да он: доприноси унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског развоја; потрошачима омогућава правичан део користи, у смислу учешћа у оствареном профиту по основу односног правног посла у правичној сразмери; не намеће ограничења која са аспекта постизања циља споразума нису неопходна и не искључује конкуренцију на релевантном тржишту, односно њеном битном делу.³⁴

Правило разума имплицира становиште о оправданости правног дејства вертикалног споразума са друштвено пожељним, или бар прихватљивим ефектом и у ситуацији када неспорно носи значајне последице по нарушавање конкуренције на релевантном тржишту. Потребно је препознати и упоредити категорије позитивних и негативних особина и последица споразума, под претпоставком испуњења наведених општих услова, и заузети став о оправданости изузимања од забране.

32 Посебан друштвени значај имају вертикални споразуми којима се обезбеђује стабилност у домену енергетског снабдевања. Вид. Kim Talus, *Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2011, 235.

33 Закон, чл. 11.

34 Критеријум позитивног ефекта је у домаћем праву, у односу на унитарно, постављен нешто ниже и *in favorem contractus*, с обзиром на то да се испуњеност условљава чињењем подстицаја, а не давањем доприноса унапређењу техничког или економског развоја.

1. Категоријално изузеће – претпостављени позитивни ефекти

Да би један споразум био изузет по општем, категоријалном основу, потребно је да кумулативно буду испуњена два услова: да потпада под једну од групација која је утврђена као подобна за изузимање од општег режима забране и да испуњава прописане критеријуме за изузимање: опште,³⁵ али и евентуалне посебне услове који се односе на врсту, садржину и време трајања споразума, којима се утврђује претежност позитивних ефеката.

Концепт категоријалног изузимања подобан је за вертикалне споразуме који припадају врсти за коју је, сходно њеним општим и структурним карактеристикама, основано претпоставити да, уз пред-претпоставку непосредовања тржишног удела учесника споразума који је значајан (у домаћем праву – већи од 25%, а унитарном од 30%),³⁶ ефекти који се односе на нарушавање конкуренције нису битни, односно претежни.

Подобни да буду категоријално изузети су вертикални споразуми о продаји, куповини или дистрибуцији робе и услуга³⁷ закључени између учесника који су позиционирани на различитим нивоима производње или дистрибуције.³⁸ Надаље, потребно је да такав споразум испуњава четири кумулативно постављена услова, од којих су три квалитативне, а један квантитативне природе.

У домаћем праву квантитативни услов претпоставља да тржишни удео на релевантном тржишту³⁹ сваког од учесника у споразуму није већи од 25%, укључујући и висину тржишних удела повезаних учесника на тржишту. У групацији квалитативних услова, један је општи, и

35 Закон, чл. 11.

36 Уредба о примени чл. 101 ст. 3 Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усклађених деловања (*Commission Regulation (EU) No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 102/1, 23. 4. 2010), чл. 3 ст. 1. Вид. Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у инститорску и право Европске уније*, Београд, 2020, 303.

37 Модел групних изузетака који се не односе само на робу (која може бити у било којој фази дистрибуције и продаје), него и на услуге у европско право увела је претходно важећа Уредба о примени чл. 81 ст. 3 Уговора на категорије вертикалних споразума и усклађених деловања (*Commission Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 336, 29. 12. 1999), чл. 2.

38 Уредба, чл. 1.

39 Тржишни удео се израчунава на основу оствареног прихода од продаје, односно вредности набавке или обима производње релевантног производа у календарској години која претходи закључењу споразума. Уредба, чл. 4 ст. 2.

позитивно формулисан, а два су посебна, негативно профилисана. Општи услов се односи на постојање и превалентност позитивних одлика споразума.⁴⁰ Посебни услови се тичу ограничења у погледу садржине споразума⁴¹ и клаузуле о забрани конкурисања.

Вертикални рестриктивни споразум који испуњава наведени услови четвороугао се *ipso iure* сматра допуштеним, без потребе за спровођењем поступка за изузимање од забране и производи правно дејство у пуном садржинском капацитету, неумањеном услед антиконкурентског дејства које неспорно поседује, и без временског ограничења.

Област ценовне политике и поделе тржишта се налазе изван примене *de minimis* правила, док могућност категоријалног изузимања, уско профилисана, постоји.⁴² Уколико је реч о циљном ограничавању територије, ништавост као директна последица неће се нужно јавити у одређеним случајевима спрам купаца односно чланова селективног дистрибутивног система. У погледу цене,⁴³ продавац има овлашћење да одреди максималну или препоручену продајну цену, док забрана постоји у погледу фиксних и минималних цена.⁴⁴

2. Појединачно изузеће – доказани позитивни ефекти

Вертикални рестриктивни споразум који није био подобан за изузимање од забране у првом степену и директном применом материјалноправних правила, претпостављено је забрањен и има за правну последицу ништавост. Ова претпоставка је оборива, јер постоји могућност вођења поступка, на захтев учесника посла, којим би могло бити дозвољено његово правно дејство у другом степену. Оставља се правни простор да се за договор који није категоријално био подобан да буде изузет од забране покаже да поседује специфичан појединачни капацитет за то, уз терет доказивања на страни учесника споразума,⁴⁵ и следствено буде ефективан на основу појединачне одлуке надлежног

40 Закон, чл. 11.

41 Споразум за циљ не сме имати утврђивање цена или ограничавање територије, обима производње, продаје и снабдевања. Уредба, чл. 5 ст. 1 и 2.

42 Уредба, чл. 5 ст. 1 тач. 1 и ст. 2.

43 У најстаријем правном систему заштите конкуренције – Сједињеним Америчким Државама, до пресуде у случају *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007) био је заступљен став о апсолутној забрани вертикалних споразума који за предмет имају ограничавање цене производа или услуга (*resale price maintenance*).

44 Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013, 326.

45 Уредба о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране, *Службени гласник РС*, бр. 107/2009, чл. 2.

органа. Сагледавају се и вреднују сви *pro et contra* ефекти, а затим се процењује оправданост евентуалне допуштености правног дејства таквог споразума у одређеном тржишном амбијенту, упркос његовим антиконкурентским одликама.

За разлику од дедуктивно постављеног система изузећа када се полази од категорија вертикалних споразума за које се претпоставља да су допуштене јер њихова друштвена корист значајно превазилази ефекат нарушавања конкуренције који производе, код ослобађања од забране иде се путем индуктивног резоновања и специфичности сваког појединачног случаја,⁴⁶ у којима се тражи евентуални основ за допуштеност. Док дедуктивни принцип иде путем креирања изузетака од општег принципа забране рестриктивних договора, индуктивни модел заправо подразумева одобравање споразума који се појединачном одлуком ослобађа од примене принципа генералне забране.⁴⁷

Случај допуштености вертикалног рестриктивног споразума која се утврђује у другом степену има ужи капацитет дејства у односу на првостепени. Реч је о ослобађању од забране, на основу спроведеног поступка и одлуке надлежног органа, уз претпоставку да је претходно, између материјалноправног непрепознавања и окончања поступка постојао међупростор са пуним рестриктивним капацитетом. Споразум се, на основу оцене испуњености општих и посебних критеријума, условно допушта, уз могућност да добијено одобрење изгуби правно дејство и правни посао уђе у режим опште забране. Са друге стране, ефективност споразума је временски ограничена и опредељује се за одређени период након закључења уговора (не дужи од осам година у домаћем праву).⁴⁸

У поступку оцене допуштености вертикалног споразума се у ширем смислу, осим правила из домена права конкуренције, узимају у обзир и облигационоправни критеријуми, који се пре свега односе на: предмет и каузу споразума, прецизно тумачење заједничке уговорне воље странака, озбиљност правне повреде и штетне последице, постојање намере код недозвољеног понашања, која циљна група се штити односном нормом и да ли је могућа алтернативна последица, уместо ништавости спо-

46 У обзир се узимају различити чиниоци везани за понашање субјектата споразума, као што су специфична обележја предмета и каузе посла, финансијски показатељи ефикасности пре и после закључења споразума или информације о претходним случајевима рестриктивног поступања.

47 Дедуктивни приступ полази од правне сигурности и иницијалне заштите јавног интереса, док индуктивни претпоставља примену начела правичности, као правде сваког појединачног случаја.

48 Закон, чл. 12 ст. 3.

разуме.⁴⁹ Унитарно право конкуренције показује тенденцију померања са стеновишта екстензивног тумачења рестриктивности вертикалног споразумевања ка класичној концепцији сагласности воља.⁵⁰

3. Додатне мере ради отклањања потенцијалних повреда

Околност да је поступак испитивања повреде конкуренције у току говори у прилог претпоставци знатног ризика од нарушавања конкуренције у односном случају вертикалног рестриктивног споразумевања. Ипак, упркос основаној презумпцији нарушавања или ограничавања конкуренције на релевантном тржишту, правни посао може сачувати правно дејство по основу прекида поступка услед остварене нагодбе. Странка даје понуду да предузме одређене мере у циљу минимизирања ризика од нарушавања конкуренције у виду прецизног, образложеног и временски ороченог процесног предлога за прекид поступка. Уколико предлог буде оцењен подобним да анулира разумну опасност по нарушавање услова конкуренције, он води ка креирању договора и условне нагодбе. Није реч о поравнању јер остаје могућност да поступак буде настављен уколико не буду испуњене договорене мере, односно наступи битна промена околности на којима је одлука о прекиду поступка заснована.⁵¹

Као најважнији сегмент евентуалног прекида поступка јављају се мере, које морају бити оцењене као адекватне и довољне да буде анулирана претпостављена опасност по нарушавање конкуренције услед понашања тржишног учесника, односно предлагача, а да након њихове примене буду неутралисани основи оправдане, разумне сумње у повреду конкуренције.

Примена процесне нагодбе у случају вертикалног рестриктивног споразумевања има двоструки позитиван ефекат: повољније услове конкуренције у односу на претпостављену тржишну ситуацију без спровођења односних мера⁵² и позитивне последице наступају знатно раније него да се сачекало окончање поступка.

49 Начела европског уговорног права (*The Principles of European Contract Law*), чл. 15.101.

50 Д. Поповић, 215.

51 Закон, чл. 58 ст. 7.

52 За отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка истоветне или сличне штетне последице, по правилу се договара обавеза примене мера понашања, док се у ситуацији када је она објективно знатно отежана, изузетно одређују структурне мере. Вид. Закон, чл. 59 ст. 4.

Прекид поступка услед нагодбе има најшири домен примене код вертикалног споразумевања, у односу на случајеве злоупотребе доминантног положаја, а затим и хоризонталних споразума, уз претпостављено искључивање оних картелске природе. Примена овог института није оправдана у случајевима најтежих, а само изузетно код тежих облика повреде конкуренције.⁵³ С обзиром на то да позитиван исход нагодбе подразумева подобност предлога мера да анулира разумну опасност по нарушавање услова конкуренције, то готово праволинијски искључује ситуације када је предмет вертикалног споразума везан за утврђивање цене или поделу тржишта.

V Уместо закључка

Процена вертикалног ризика од нарушавања конкуренције је сложена и вишедимензионална, у распону од општег полазишта слободе уговорног повезивања пословних субјеката, преко легитимне каузе која се везује за максимизацију профита до претпостављене опасности по нарушавање услова конкуренције и ништавости споразума. Иако је реч о понашању субјеката који нису конкуренти, остаје отворено питање потенцијалног нарушавања конкуренције, у распону од претпостављеног ниског степена штетности, до потенцијално значајних последица које имају и други видови повреда по економски јавни поредак. Примењује се стога модел вишеслојне процене ризика од нарушавања конкуренције и оцене допуштености договора. Полази се из облигационоправне сфере сагласности страна о предмету, и нарочито каузи уговора, да би се кроз призму примене правила конкуренције анализирали циљно-последични ефекти по нарушавање конкуренције и нарочито њихова знатност, док паралелни ниво пословноправних правила и резона омогућава да коначан став о допуштености вертикалног споразума буде резултат целовите и детаљне процене свих његових, позитивних и негативних ефеката. Изазов је пронаћи „фину меру ствари“ негде између разумљивог пословног интереса који је уобличен облигационо-правним послом, са једне, и рестриктивне природе споразума, са друге стране, а све зарад омогућавања ефективности споразума са превалентним позитивним елементима, односно ефектима над оним ограничавајуће природе, у ситуацији неспорног постојања обе категорије.

53 Вид. Комисија за заштиту конкуренције РС, Смернице за примену Уредбе о критеријумима одређивања висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, 2011, доступно на адреси: <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/NOVE-SMERNICE-MAJ-2011.pdf>, 25. 3. 2022, 2.

Изазов је двострук: најпре одредити да постоји циљно или последично утемељена знатност повреде конкуренције и да ли је уопште реч о квалификацији рестриктивности, а уколико јесте – да ли се кумулативно јавља и околност доминантног положаја (неког) учесника споразума. У врло високом проценту случајева наведене кумулације неће бити, па је основано претпоставити низак ризик од нарушавања конкуренције и допустити ефективност таквих споразума, уз додатну контролу евентуалног постојања искључујућих елемената.

Тежишна тачка регулативе вертикалних рестриктивних споразума се помера са позиције претпостављене забране ка екстензивнијој примени правила *de minimis* и разумне процене посла у његовој целокупности и вишедимензионалности. Адекватна решења савременог права конкуренције као нужан услов претпостављају уважавање економске природе рестриктивног споразумевања. Право Сједињених Америчких Држава је у том правцу отишло најдаље, право Европске уније се креће нешто спорије, док се у домаћој пракси ризик од нарушавања конкуренције код вертикалних споразума каткад перципира као виши од картелних спорума. Закључак овога рада иде у правцу основаности афирмативнијег става у домаћем праву спрам њихове допуштености. Први корак би могао да буде измена квантитативног услова за квалификацију споразума мањег значаја – повећање са 15% на 20% тржишног удела учесника на тржиштима на којима се испољавају ефекти посла.

Вертикални споразум садржи по конкуренцију ограничавајући ефекат, али у ситуацији када он није знатан неће бити реч о рестриктивном договору. На следећем нивоу ризика од нарушавања конкуренције су послови који имају карактер рестриктивности, али се пре подвођења под општи режим забране процењује значај и евентуална превалентност њихових позитивних ефеката над негативним одликама. У таквом случају, могућ је двострук сценарио: да се споразум по основу категоријалне припадности изузима од забране и производи правно дејство без временског или садржинског ограничења или да се за споразум, који нема оваква обележја, у посебном поступку затражи сагласност да он буде ослобођен од забране. Најзад, у ситуацији када је постојање високог степена ризика услед вертикалног споразумевања претпостављено и покренут је поступак испитивања повреде конкуренције, могуће је да он буде прекинут, а правни посао спроведен, под условом испуњења установљених мера за анулирање претпостављене, односно потенцијалне опасности по нарушавања конкуренције.

Процена ризика представља тежишну тачку наведеног трипартитног модела – да ли се у односном случају јавља као непремостив,

претежан, знатан, прихватљив или отклоњив. У сфери процене допуштености вертикалних споразума правичан став се налази, као што то по правилу бива, негде између легитимности пословног интереса и облигационоправно изказане сагласности воља и наспрам њих заштите конкуренције и интереса других субјеката у тржишном амбијенту, а пројектовани резултат примене модела стога јесте – *in favorem contractus* у амбијенту очуваних услова конкуренције.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић Душан В., *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019. (Begović Boris, Pavić Vladimir, Popović Dušan V., *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, Београд, 2001. (Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo*, Beograd, 2001)
- Голдштајн Александар, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/1961. (Goldštajn Aleksandar, „Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/1961)
- Карлоу Луис, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013.
- Мићовић Миодраг, „Јавно-правни и материјално-правни аспекти уговора о дистрибуцији“, *Правни живот*, бр. 11/2013. (Mićović Miodrag, „Javno-pravni i materijalno-pravni aspekti ugovora o distribuciji“, *Pravni život*, br. 11/2013)
- Niels Gunnar, Jenkins Helen, Kavanagh James, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011.
- Поповић Душан, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2012. (Popović Dušan, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012)
- Stothers Christopher, *Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Portland, 2007.
- Talus Kim, *Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Hovenkamp Herbert, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005.
- Шогоров Стеван, „Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније“, *Правни и економски оквири укључивања јуџословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније* (ур. Радован Д. Вукадиновић), Крагујевац, 1994. (Šogorov

Stevan, „Sredstva ograničenja konkurencije u kartelnom pravu Evropske unije“, *Pravni i ekonomski okviri uključivanja jugoslovenskih privrednih subjekata u unutrašnje tržište Evropske unije* (ur. Radovan D. Vukadinović), Kragujevac, 1994)

Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, Oxford, 2012.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Political Sciences,
Serbia

VERTICAL (RESTRICTIVE) AGREEMENTS: EFFECTIVITY DESPITE THE RISK

Summary

The aim of this Paper is recognition of different levels of anticompetitive risk of a vertical agreement and resultant decision about a legal consequence, from per se prohibition to qualification of a deal as a restrictive one, along with stressing the significance of application of a de minimis rule. Here in it is a three-segment model, which, on the basis of quantitative-qualitative criteria, recognizes different bases for realization of effectivity of a vertical agreements in contrast of a risk.

It is to come to a conclusion that an anticompetitive risk by a vertical agreements in a case of non-existence of dominant market position of participants is supposed to be low one, where it would be recommendable further adoption of solutions of protection of competition in a domestic law, and the first step in that direction could be widening of an area of application of vertical agreements of a smaller significance by lifting up a quantitative level of a distinctive participants relevant market shares.

Key words: Vertical Agreement. – Anticompetitive Risk. – De Minimis Rule. – Exception to the Prohibition. – Distortion of Competition Conditions.

Датум пријема рада: 15. 4. 2022.

Датум исправке рада: 1. 6. 2022.

Датум прихватања рада: 21. 6. 2022.